de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par l'article 189, alinéa 3.

2. La directive 76/207 n'impose pas qu'une discrimination fondée sur le sexe lors de l'accès à l'emploi doive être sanctionnée par l'obligation imposée à l'employeur, auteur de la discrimination, de conclure un contrat de travail avec le candidat discriminé.

La directive ne comporte, en ce qui concerne les sanctions d'une éventuelle discrimination, aucune obligation inconditionnelle et suffisamment précise pouvant être invoquée, à défaut de mesures d'application prises dans les délais, par un particulier, en vue d'obtenir une réparation déterminée en vertu de la directive lorsqu'une telle conséquence n'est pas prévue ou permise par la législation nationale.

Si la directive 76/207 laisse aux États membres, pour sanctionner la violation de l'interdiction de discrimination, la liberté de choisir parmi les différentes solutions propres à réaliser son objet, elle implique toutefois que si un État membre choisit de sanctionner la violation de l'interdiction en question par l'octroi d'une indemnité, celle-ci doit en tout cas, pour assurer son efficacité et son effet dissuasif, être adéquate par rapport aux préjudices subis et doit donc aller au-delà d'une indemnisation purement symbolique comme, par exemple, le remboursement des seuls frais occasionnés par la candidature. Il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi prise pour l'application de la directive, dans toute la mesure où une marge d'appréciation lui est accordée par son droit national, une interprétation et une application conformes aux exigences du droit communautaire.

Dans l'affaire 14/83,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour en vertu de l'article 177 du traité CEE par l'Arbeitsgericht de Hamm et tendant à obtenir, dans le litige pendant entre

SABINE VON COLSON ET ELISABETH KAMANN

et

LAND NORDRHEIN-WESTFALEN,

une décision à titre préjudiciel concernant l'interprétation de la directive 76/207 du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39, p. 40),

LA COUR,

composée de MM. J. Mertens de Wilmars, président, T. Koopmans, K. Bahlmann, et Y. Galmot, présidents de chambre, P. Pescatore, Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe, G. Bosco, O. Due, U. Everling et C. Kakouris, juges,

avocat général: Mme S. Rozès
greffier: M. H. A. Rühl, administrateur principal

rend le présent

ARRÊT

En fait

I — Faits et procédure

En 1982, deux postes d'assistant social étaient à pourvoir dans l'établissement pénitentiaire de Werl. Les deux demanderesses dans la procédure au principal ont posé leur candidature à ces emplois. Deux candidats de sexe masculin ont été finalement engagés.

Les demanderesses ont saisi l'Arbeitsgericht de Hamm d'un recours dirigé contre le Land de Nordrhein-Westfalen qui administre l'établissement pénitentiaire de Werl. Ce recours tendait à faire dire pour droit que c'est uniquement en raison de leur sexe qu'elles n'avaient pas été engagées. En conséquence, elles ont demandé que le Land défendeur soit condamné à leur offrir un contrat de travail dans ledit établissement pénitentiaire, ou subsidiairement à leur payer des dommages et intérêts équivalant à six mois de salaire. Par une deuxième demande subsidiaire, la demanderesse von Colson a demandé le remboursement de frais de déplacement s'élevant à 7,20 DM exposés à l'occasion de sa candidature à cet emploi.

L'Arbeitsgericht a jugé que les demanderesses s'étaient vu refuser ces emplois en raison de leur sexe.

Néanmoins, il a estimé ne pas pouvoir faire droit à leurs demandes en vertu du droit allemand, à l'exception de la demande subsidiaire de la requérante von Colson couvrant ses frais de déplacement (7,20 DM).

En effet, l'article 611 *bis* du BGB, qui est supposé transposer la directive du Conseil 76/207, stipule que:

«1) L'employeur ne doit pas désavantager un travailleur en raison de son sexe, à l'occasion d'un contrat ou d'une mesure, en particulier lors de l'établissement de la relation de travail, (. . .)

2) Si une relation de travail n'est pas établie à cause d'une violation du principe de l'égalité de traitement énoncé au paragraphe 1, qui est imputable à l'employeur, ce dernier est tenu à des dommages et intérêts pour le préjudice que le travailleur subit du fait qu'il croit en toute confiance qu'une pareille violation ne fera pas obstacle à l'établissement de la relation de travail (. . .)»

Dès lors, la seule sanction d'une discrimination commise lors de l'accès à l'emploi serait, selon le juge de renvoi, la réparation de ce qu'on appelle le «Vertrauensschaden» («préjudice de confiance») c'est-à-dire le préjudice qu'engendre pour le salarié le fait de croire en toute confiance que ce ne sera pas une différence de traitement prohibée qui fera obstacle à l'établissement du rapport de travail.

Le législateur allemand ne prévoirait donc expressément pas ce qu'on appelle «l'intérêt positif», à savoir un droit à être engagé à la suite d'une violation du principe d'égalité de traitement des deux sexes.

En vue de déterminer les règles juridiques applicables au niveau communautaire en cas de discrimination dans l'accès à l'emploi, la juridiction de renvoi estime devoir obtenir de la Cour une interprétation de certaines dispositions de la directive 76/207 du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39, p. 40).

L'Arbeitsgericht a dès lors demandé à la Cour de se prononcer à titre préjudiciel sur les questions suivantes:

«1) Résulte-t-il des dispositions de la directive du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (76/207/CEE) qu'une discrimination fondée sur le sexe lors de l'accès à un emploi (non-conclusion d'un contrat de travail en raison du sexe du candidat/préférence donnée à un autre candidat en raison de son sexe) doit être sanctionnée par l'obligation imposée à l'employeur, auteur de la discrimination, de conclure un contrat de travail avec le candidat discriminé?

2) En cas de réponse de principe affirmative à la première question:

a) La sanction dans «l'obligation de conclure un contrat de travail» s'applique-t-elle uniquement lorsqu'après avoir établi que l'employeur a effectivement pris sa décision subjectivement sur la base de critères liés au sexe, on peut en outre établir que le candidat discriminé est objectivement — selon des critères licites — plus qualifié pour exercer l'emploi en question que le candidat avec lequel le contrat de travail a été conclu?

b) Ou bien l'employeur est-il également tenu d'engager le candidat discriminé même lorsqu'on peut établir que l'employeur a pris sa décision subjectivement sur la base de critères liés au sexe, mais qu'objectivement le candidat discriminé et celui qui lui a été

préféré sont aussi qualifiés l'un que l'autre?

c) Enfin, le candidat discriminé est-il également fondé à faire valoir un droit à être engagé, même lorsque le candidat discriminé est certes objectivement moins qualifié que le candidat qui lui a été préféré, mais qu'il est établi que l'employeur a dès le départ subjectivement exclu du choix, sur la base de critères licites, le candidat discriminé en raison de son sexe?

3) Pour le cas où dans l'esprit des questions 2 a) et 2 c) la solution dépende de la qualification objective du candidat:

Celle-ci est-elle pleinement soumise à l'appréciation du juge et quels sont les critères et les règles de procédure applicables quant à l'exposé du caractère fondé de la demande et quant à la charge de la preuve pour la déterminer?

4) En cas de réponse de principe affirmative à la première question:

Au cas où, en présence de plus de deux candidats pour un même emploi, plus d'une personne aurait été exclue dès le départ, pour des motifs tenant à son sexe, du choix opéré selon des critères licites, chacune de ces personnes pourrait-elle se prévaloir d'un droit à la conclusion d'un contrat de travail?

Dans ce cas, le tribunal devrait-il éventuellement opérer son propre choix entre les candidats discriminés? En cas de réponse négative à la question formulée au premier alinéa, quelle autre sanction le droit au fond offre-t-il?

5) En cas de réponse de principe négative à la première question:

Quelle doit alors être, en application des dispositions de la directive 76/207/CEE, la sanction d'une discrimination constatée lors de l'accès à l'emploi?

A cet égard y a-t-il lieu d'opérer une distinction conformément aux questions 2 a) à 2 c)?

6) La directive 76/207/CEE, dans l'interprétation que lui donne la Cour de justice en réponse aux questions ci-dessus posées, est-elle directement applicable en République fédérale d'Allemagne?»

Selon le tribunal de renvoi, il résulterait notamment des dispositions combinées de la directive ainsi que de ses considérants, que celle-ci impose l'adoption de dispositions légales assorties de sanctions effectives. Or seule une réparation en nature serait à son avis efficace.

La directive en cause énonce essentiellement le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, ce qui implique l'obligation de supprimer les dispositions incompatibles avec ce principe. L'article 6 de la directive garantit en complément la protection juridictionnelle des droits pouvant résulter de celle-ci. Enfin, les États membres doivent mettre en vigueur les «dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires» pour appliquer la directive.

L'ordonnance de renvoi a été enregistrée au greffe de la Cour le 24 janvier 1983.

Conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice CEE, des observations écrites ont été déposées par les requérantes au principal, représentées par M. Clemens Franzen, secrétaire juridique au Deutscher Gewerkschaftsbund, par le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, représenté par Dr Martin Seidel, Ministerialrat au ministère fédéral allemand de l'Économie et Prof. Dr Manfred Zuleeg, en qualité d'agent, par le gouvernement

danois représenté par M. Laurids Mikaelsen, conseiller juridique au ministère danois des Affaires étrangères, en qualité d'agent, par le gouvernement du Royaume-Uni, représenté par M. J. D. Howes, Treasury Solicitor's Department, en qualité d'agent, assisté par M. Ian Glick, Inner Temple, Londres, et par la Commission des Communautés européennes, représentée par Dr Manfred Berchel, membre de son service juridique, en qualité d'agent, assisté par Prof. Dr Meinhard Hilf.

II — Observations écrites déposées devant la Cour

Les *requérantes au principal* font valoir qu'il serait insuffisant de limiter la réparation du préjudice résultant du refus de recrutement à «l'intérêt négatif» («préjudice de confiance»). Aux termes de la directive communautaire, la République fédérale d'Allemagne aurait l'obligation d'agir en vue de la mise en œuvre et du respect des normes communautaires. Cela inclurait également l'institution de mesures appropriées destinées à éviter des discriminations dans le futur.

Justement parce que l'article 611 *bis*, paragraphe 2, du BGB a expressément limité le droit à réparation d'une discrimination constatée lors du recrutement à ce qu'il est convenu d'appeler l'intérêt négatif, le juge allemand se verrait empêché d'appliquer le droit commun (par exemple, le droit général à réparation de l'article 823, paragraphe 2, du BGB, la *culpa in contrahendo*, etc.).

A cet égard, l'Arbeitsgericht aurait constaté pertinemment qu'en pratique le droit à réparation limité à l'intérêt négatif serait sans signification. Il ne pourrait guère porter que sur le remboursement éventuel des frais exposés pour se présenter chez l'employeur (en l'espèce 7,20 DM pour la requérante von Colson).

Cette discordance aurait provoqué de violentes critiques en Allemagne fédérale. Dans un rapport officiel le gouvernement fédéral allemand aurait lui-même expressément admis que nombreux avaient été ceux pour lesquels le régime de réparation de l'article 611 *bis*, paragraphe 2, du BGB aurait été insuffisant et que des recours ne seraient que rarement introduits.

Il faudrait donc au moins estimer que l'article 611 *bis*, paragraphe 2, ne doit pas être pris en compte dans la mesure où le droit à réparation, en cas de discrimination certaine à l'occasion d'une procédure de recrutement, est limité aux seuls «intérêts négatifs de confiance». L'employeur devrait dès lors être obligé de conclure un contrat de travail avec le candidat discriminé.

En raison des règles de droit allemand concernant l'exposé du caractère fondé de la demande et la charge de la preuve (qui imposent dans une certaine mesure la charge de la preuve au défendeur), il ne serait pas absolument nécessaire de répondre aux questions n°s 2 et 3 de l'ordonnance de renvoi.

Quant à la quatrième question les requérantes estiment qu'il serait dans la logique du système de la procédure civile interne que dans certains cas le même emploi soit accordé à titre de réparation à deux demanderesses. En effet si un employeur ne réussit pas à démontrer qu'il n'a pas procédé à une discrimination, il s'exposerait au risque d'être confronté à des revendications multiples. Il ne faudrait donc pas non plus absolument — en raison de l'application du droit allemand — répondre à cette question.

Enfin, les requérantes estiment que, même si, contrairement à toute attente, la directive n'impliquait, compte tenu du droit national, aucun droit à être engagé,

le sens et l'objet de celle-ci exigeraient au moins que l'employeur soit tenu à une réparation en espèce en cas de discrimination constatée.

Quant au problème de l'applicabilité directe de la directive, les demanderesses aimeraient qu'il reçoive une réponse allant dans le sens de la jurisprudence actuelle de la Cour.

Le *gouvernement de la République fédérale d'Allemagne* souligne que le projet de loi aurait été notifié à la Commission avant l'adoption de la loi et que celle-ci n'aurait pas émis d'objection au sujet des conséquences qui y sont prévues en cas de discrimination dans l'accès à l'emploi. Dans son avis motivé du 29 octobre 1982, la Commission ne relèverait pas non plus, sur ce point, d'infraction à la directive 76/207. La nouvelle législation irait d'ailleurs plus loin que la législation pré-existante, surtout parce qu'il serait désormais établi que tous les employeurs potentiels et effectifs sont liés.

Tout en étant conscient de la nécessité d'une transposition efficace de la directive, le gouvernement fédéral insiste sur le fait que chaque État membre dispose d'une marge d'appréciation quant aux conséquences juridiques qui doivent résulter d'une infraction au principe de l'égalité de traitement (article 189, alinéa 3, du traité CEE).

L'exclusion du droit à être engagé se situerait dans les limites de la marge d'appréciation quant à la forme et aux moyens que la directive accorde à chaque État membre. Le droit communautaire n'exigerait pas de placer unilatéralement au premier plan les intérêts du candidat discriminé, car sinon la disposition de l'article 2, paragraphe 4, de la directive 76/207, qui autorise les États membres à prendre des mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, n'aurait pas été nécessaire.

L'engagement de la personne que l'employeur a préférée ne pourrait pas être annulé sans décevoir les expectatives légitimes de ce travailleur. D'autre part la création d'un autre emploi, ou même de plusieurs emplois, irait au-delà de l'interdiction du traitement discriminatoire et constituerait une mesure positive qui ne pourrait pas être mise à la charge de l'employeur potentiel. Enfin même si la discrimination apparaissait dès avant que l'emploi soit occupé, on ne pourrait obliger un employeur à engager quelqu'un.

Le gouvernement fédéral propose en conséquence de donner une réponse négative à la première question du juge national. La réponse aux questions n°s 2 à 4 deviendrait ainsi inutile.

Quant à la question n° 5, le gouvernement fédéral fait valoir que si la Cour devait estimer que des conséquences juridiques plus importantes sont nécessaires afin d'imposer efficacement le principe de l'égalité de traitement, il faudrait d'abord demander aux juridictions nationales d'épuiser les possibilités offertes par l'ordre juridique interne. Selon lui la possibilité serait offerte aux tribunaux allemands d'élaborer, à partir du contexte général du droit privé, des solutions adéquates satisfaisant aussi bien au principe de l'égalité de traitement qu'aux intérêts de toutes les parties.

Parmi les mesures efficaces en vue d'imposer le principe de l'égalité de traitement, le Code civil allemand prévoirait des droits à des dommages et intérêts.

La conséquence juridique d'une discrimination devrait en outre être proportionnée. Ainsi, une conséquence juridique perceptible suffirait pour faire imposer le principe de l'égalité de traite-

ment. De plus, un droit à des dommages et intérêts ne devrait exister que si le candidat discriminé était plus qualifié que d'autres pour exercer l'emploi en question, mais non s'ils étaient de qualification égale.

Quant à la question n° 6, le gouvernement fédéral estime que la directive 76/207 produit, dans le cadre national, des effets juridiques dont la portée résulte de la jurisprudence que la Cour a établie jusqu'à présent.

Le *gouvernement danois* estime que la directive ne prévoit nulle part une obligation pour les États membres de mettre en œuvre des sanctions d'une certaine nature. Une parallèle avec la directive 75/117 du Conseil du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité de rémunération entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins montrerait que cette dernière prévoit expressément des sanctions en cas de violation du principe de l'égalité des rémunérations. C'est donc délibérément que le législateur communautaire aurait laissé cette question ouverte en ce qui concerne la directive relative à l'égalité de traitement.

Le gouvernement danois remarque du reste que même dans la directive relative à l'égalité des rémunérations, le Conseil aurait laissé aux États membres le choix des mesures appropriées, «conformément à leur situation nationale et à leur système juridique», ce qui corroborerait davantage encore l'idée qu'on ne saurait déduire de la directive relative à l'égalité de traitement des règles quant à l'obligation de fixer des sanctions déterminées.

Partant, le choix des sanctions appropriées incomberait aux États membres, sous réserve des limites découlant des articles 5 et 189 du traité. Par ailleurs il conviendrait que les États membres sanctionnent les infractions à de telles règles de la même manière qu'ils sanctionnent au sein de leur ordre juridique des infractions analogues aux règles nationales dans des domaines apparentés non régis par le droit communautaire.

Une comparaison avec la convention n° 158 de l'OIT, concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée en 1982, illustrerait que sur le plan international, on admettrait que même dans des cas de licenciement, les temps ne sont pas encore mûrs pour instaurer une obligation, dans le chef de l'employeur, de (ré)intégrer un travailleur licencié.

Le *gouvernement du Royaume-Uni* est également d'avis que ce serait aux États membres qu'il appartiendrait de choisir et d'introduire les mesures qu'ils considèrent comme étant de nature à garantir que les obligations qui leur incombent en vertu de la directive soient remplies et c'est ce que la République fédérale aurait fait.

L'article 6 de la directive ne dirait rien à propos des mesures que les États membres doivent prendre. Par conséquent, l'allégation selon laquelle il existerait une obligation implicite et exclusive serait surprenante.

Les questions déférées par l'Arbeitsgericht et leurs commentaires montreraient intrinsèquement et de manière évidente la difficulté considérable que la Cour rencontrerait si elle essayait de légiférer dans cette matière pour les États membres.

Quant à la question de l'applicabilité de la directive, le gouvernement du Royaume-Uni souligne qu'une directive qui n'est pas mise en œuvre ne saurait imposer des obligations aux particuliers, qui ne sont pas les destinataires de celle-ci. Le Royaume-Uni pense que le Land de Nordhrein-Westfalen n'est pas visé par la directive.

Même si le Land devait être considéré en l'espèce comme étant la République fédérale, l'effet direct ne pourrait jouer qu'à l'égard d'un État membre en sa qualité d'État et non à l'égard d'un État membre en sa qualité d'employeur. A cet égard, sa situation serait en effet analogue à celle d'un particulier. Les personnes qui sont ou souhaitent être employées par un État membre ne devraient pas se trouver dans une situation plus favorable que les personnes qui sont ou souhaitent être employées par un autre particulier (arrêt du 12. 12. 1974, Walrave et Koch, 36/74, Recueil 1974, p. 1405, points 19 à 25).

En outre, si la directive obligeait implicitement les tribunaux nationaux à condamner les employeurs à embaucher les candidats lésés, cette obligation implicite n'aurait pas d'effet direct car elle ne serait ni claire, ni non ambiguë, et sa mise en œuvre dépendrait de mesures complémentaires prises par les autorités nationales. L'article 6 ne pourrait non plus avoir un effet direct puisqu'il prescrit expressément aux États membres de prendre des mesures non spécifiées.

La *Commission* procède d'abord à un long examen du droit applicable tant au niveau communautaire qu'allemand, tout en ne désirant pas dans la mesure où cela n'est pas nécessaire, trancher la question de savoir dans quelle mesure le droit allemand pourrait, en l'espèce, contribuer au succès de la requête des demanderesses.

La Commission estime qu'il n'est possible de déduire de la directive 76/207 aucun droit à engagement. Ceci résulterait d'abord du texte de la directive qui ne prévoirait pas une telle sanction. L'article 6 notamment n'ouvrirait, d'après son texte, qu'une voie juridictionnelle formelle, sans octroyer le droit au fond.

La genèse de la directive ne serait pas davantage concluante. Ni l'exposé de motifs de la proposition de directive, ni les délibérations du Parlement européen, ni celles du Comité économique et social, n'auraient examiné le détail des sanctions possibles.

Les réactions des États membres dans le cadre des lois d'application révéleraient d'ailleurs un large éventail de sanctions diverses. Ce serait seulement en droit italien que l'on aurait pu constater que le juge «est habilité à ordonner la cessation ou l'annulation d'une discrimination lors de l'engagement». Ceci tiendrait à l'existence du principe concurrent de la liberté contractuelle de l'employeur.

Enfin il serait conforme à la finalité de la directive 76/207 que celle-ci entende laisser aux États membres le choix et la détermination des sanctions (article 189, alinéa 3 du traité CEE). Ce principe ne vaudrait toutefois que de concert avec le principe général qui sous-tend toute directive et selon lequel la transposition doit, quant à son résultat, être efficace.

Dans la mesure où la question n° 1 devrait manifestement recevoir une réponse négative, il n'y aurait pas lieu, même à titre subsidiaire, de prendre position à l'égard des questions n°s 2 à 4.

Quant à la question n° 5, celle-ci se fonderait sur la reconnaissance de l'inefficacité de la règle allemande selon laquelle seule l'indemnisation du «préjudice de confiance» devrait être accordée, et viserait à faire reconnaître par la Cour l'existence éventuelle d'un droit implicite à indemnisation en argent d'un intérêt positif matériel.

A cet égard la Commission reconnaît que tant le texte que la genèse de la directive ne fournissent pas d'éléments d'argumentation précis et que tous les États

membres n'auraient pas prévu une sanction civile sous la forme d'un droit à indemnisation.

L'article 3, paragraphe 1, de la directive contiendrait une obligation de fond très claire: lors de l'accès à l'emploi, aucune sorte de discrimination fondée sur le sexe ne serait permise. Il résulterait d'autre part de l'article 6 de la directive, que, dans cette mesure, il faudrait reconnaître à la personne à la recherche d'un emploi un droit subjectif au respect de l'obligation mentionnée, lorsqu'elle est «lésée» par une violation de cette obligation par l'employeur. Pour ce cas, l'article 6 présupposerait l'existence de «droits» que le titulaire devrait pouvoir faire valoir par voie juridictionnelle. Il serait vrai que ni l'article 6 ni aucune autre disposition de la directive ne spécifient de quel type devraient être ces «droits», pour satisfaire aux exigences du droit communautaire. Toutefois, les droits qu'il convient de reconnaître aux candidats discriminés devraient être tels que l'on puisse y voir une mise en œuvre efficace des objectifs de la directive. Cela signifierait que les conséquences juridiques d'une infraction au principe de l'égalité de traitement ne devraient en tout cas pas être dérisoires au point qu'un employeur puisse sans plus en faire abstraction lors de sa décision concernant l'acceptation ou le rejet d'une candidature.

Le principe de la transposition efficace de la directive commanderait que de tels droits soient conçus de manière à constituer pour le candidat dont les droits ont été violés, une réparation appropriée et pour l'employeur un moyen de pression à prendre au sérieux, qui l'inciterait à respecter le principe de l'égalité de traitement. Une réglementation nationale qui limiterait les droits à indemnisation d'un candidat dont le droit à l'égalité de traitement a été violé, au remboursement des dépenses qu'il a exposées en rapport avec sa candidature, ne serait pas conforme aux exigences du droit communautaire qui vise une transposition efficace des objectifs de la directive.

Quant à la 6e question, le problème de «l'applicabilité directe» de la directive 76/207 ne se poserait pas, étant donné que l'on ne peut faire dériver aucune sanction claire de cette directive. Si la Cour de justice devait tout de même voir dans l'inapplicabilité de la limitation à l'indemnisation contenue à l'article 611 *bis*, paragraphe 2, du BGB, un moyen de reconnaître aux demanderesses un droit à indemnisation générale plus étendu, il en découlerait, quant aux questions de l'applicabilité directe de la directive, d'autres problèmes.

En effet, si une directive pouvait dans certaines circonstances avoir un effet vertical vis-à-vis de l'État membre ou vis-à-vis de ses institutions et de ses autorités, il serait par contre exclu sauf dans des cas exceptionnels de lui reconnaître un tel effet dans les relations horizontales entre personnes de droit privé.

Toutefois en l'espèce, les demanderesses auraient pour partie adverse le Land de Nordrhein-Westfalen qui fait partie de la puissance publique. Or, le droit communautaire connaîtrait le principe de l'unité de la puissance publique: dans certaines limites il serait loisible à chaque État membre de déterminer comment et par quels organes il entendrait s'acquitter des obligations que lui impose le droit communautaire.

Certes, selon cette conception, la directive traiterait les rapports de travail de droit privé entre particuliers différemment de ceux existant entre le Land et les demanderesses en tant que personnes privées. La discrimination qui en résulterait s'expliquerait cependant, dans le

contexte de l'espèce, par le fait que les pouvoirs publics sont spécifiquement tenus de respecter les droits fondamentaux. L'exigence particulière imposée à l'employeur de droit public serait donc objectivement fondée. En droit national, cette distinction trouverait son expression dans le refus largement opposé à la reconnaissance du principe de «l'effet des droits fondamentaux à l'égard des tiers» («Drittwirkung») aux relations entre particuliers.

III — Question posée au gouvernement allemand

Le gouvernement allemand a été invité à répondre par écrit à la question de savoir dans quelle mesure l'adoption de l'article 611 *bis* du BGB peut être considérée comme ayant réduit le droit à indemnisation des femmes ayant fait l'objet d'une discrimination dans l'accès à l'emploi en écartant l'application du droit commun et en limitant leurs droits à la réparation du seul préjudice de confiance.

Le gouvernement allemand a répondu que cet article n'a pas limité le droit à indemnisation et n'a pas exclu l'application du droit commun. Au contraire, il aurait créé, conjointement avec l'article 823, paragraphe 2, du BGB des possibilités d'indemnisation concrètes.

IV — Procédure orale

A l'audience du 13 décembre 1983, les parties requérantes au principal, représentées par M. Clemens Franzen, agent, la partie défenderesse au principal, représentée par M. Siefke, Regierungsdirektor, agent, le gouvernement allemand, représenté par Dr Martin Seidel et Prof. Dr Manfred Zuleeg, agents et la Commission, représentée par Dr Manfred Beschel, agent, assisté par Prof. Dr Meinhard Hilf, ont été entendus en leurs observations orales et ont répondu aux questions posées par la Cour.

L'avocat général a présenté ses conclusions à l'audience du 31 janvier 1984.

En droit

1 Par ordonnance du 6 décembre 1982, parvenue à la Cour le 24 janvier 1983, l'Arbeitsgericht de Hamm a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, plusieurs questions préjudicielles concernant l'interprétation de la directive 76/207 du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39, p. 40).

2 Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant deux assistantes sociales diplômées, Sabine von Colson et Elisabeth Kamann, au Land de Nordhrein-Westfalen. Il résulte des motifs de l'ordonnance de renvoi que l'établissement pénitentiaire de Werl, réservé aux prisonniers masculins et administré par le Land de Nordrhein-Westfalen a refusé d'engager les demanderesses au principal pour des motifs tenant à leur sexe. Les fonctionnaires chargés du recrutement auraient motivé leur refus d'engager les demanderesses en alléguant les problèmes et risques liés à l'engagement de candidats féminins pour des institutions de ce genre et auraient, pour ces motifs, préféré des candidats masculins, dont les qualifications étaient pourtant moindres.

3 La juridiction nationale, après avoir considéré que la discrimination était établie, a estimé que la seule sanction d'une discrimination commise lors de l'embauche était, en vertu du droit allemand, la réparation du «préjudice de confiance» (Vertrauensschaden), c'est-à-dire le préjudice qu'engendre pour les candidats discriminés le fait de croire que le rapport de travail sera établi sans aucune discrimination. Une telle indemnisation est prévue par l'article 611 *bis*, paragraphe 2, du BGB.

4 En vertu de cette disposition l'employeur est tenu, en cas de discrimation dans l'accès à l'emploi, «à des dommages et intérêts pour le préjudice que le travailleur subit du fait qu'il croit en toute confiance qu'une pareille violation (du principe d'égalité de traitement) ne fera pas obstacle à l'établissement de la relation de travail». Cet article a pour objet de transposer la directive du Conseil 76/207 précitée.

5 La juridiction nationale a — en conséquence — estimé qu'elle pourrait, en vertu du droit allemand, uniquement ordonner le remboursement des frais de déplacement exposés par la demanderesse von Colson à l'occasion de sa candidature à l'emploi (7,20 DM), et devrait débouter les demanderesses des autres chefs de leur recours.

6 Néanmoins, afin de déterminer les règles juridiques applicables au niveau communautaire en cas de discrimination dans l'accès à l'emploi, la juridiction nationale a posé à la Cour les questions suivantes:

«1) Résulte-t-il des dispositions de la directive du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (76/207/CEE) qu'une discrimination fondée sur le sexe lors de l'accès à un emploi (non-conclusion d'un contrat de travail en raison du sexe du candidat/préférence donnée à un autre candidat en raison de son sexe) doit être sanctionnée par l'obligation imposée à l'employeur, auteur de la discrimination, de conclure un contrat de travail avec le candidat discriminé?

2) En cas de réponse de principe affirmative à la première question:

a) La sanction résidant dans «l'obligation de conclure un contrat de travail» s'applique-t-elle uniquement lorsqu'après avoir établi que l'employeur a effectivement pris sa décision subjectivement sur la base de critères liés au sexe, on peut en outre établir que le candidat discriminé est objectivement — selon des critères licites — plus qualifié pour exercer l'emploi en question que le candidat avec lequel le contrat de travail a été conclu?

b) Ou bien l'employeur est-il également tenu d'engager le candidat discriminé même lorsqu'on peut établir que l'employeur a pris sa décision subjectivement sur la base de critères liés au sexe, mais qu'objectivement le candidat discriminé et celui qui lui a été préféré sont aussi qualifiés l'un que l'autre?

c) Enfin, le candidat discriminé est-il également fondé à faire valoir un droit à être engagé, même lorsque le candidat discriminé est certes objectivement moins qualifié que le candidat qui lui a été préféré, mais qu'il est établi que l'employeur a dès le départ subjectivement exclu du choix, sur la base de critères licites, le candidat discriminé en raison de son sexe?

3) Pour le cas où dans l'esprit des questions 2 a) et 2 c) la solution dépend de la qualification objective du candidat:

Celle-ci est-elle pleinement soumise à l'appréciation du juge et quels sont les critères et les règles de procédure applicables quant à l'exposé du caractère fondé de la demande et quant à la charge de la preuve pour la déterminer?

4) En cas de réponse de principe affirmative à la première question:

Au cas où, en présence de plus de deux candidats pour un même emploi, plus d'une personne aurait été exclue dès le départ, pour des motifs tenant à son sexe, du choix opéré selon des critères licites, chacune de ces personnes pourrait-elle se prévaloir d'un droit à la conclusion d'un contrat de travail?

Dans ce cas, le tribunal devrait-il éventuellement opérer son propre choix entre les candidats discriminés? En cas de réponse négative à la question formulée au premier alinéa, quelle autre sanction le droit au fond offre-t-il?

5) En cas de réponse de principe négative à la première question:

Quelle doit alors être, en application des dispositions de la directive 76/207/CEE, la sanction d'une discrimination constatée lors de l'accès à l'emploi?

A cet égard y a-t-il lieu d'opérer une distinction conformément aux questions 2 a) à 2 c)?

6) La directive 76/207/CEE, dans l'interprétation que lui donne la Cour de justice en réponse aux questions ci-dessus posées, est-elle directement applicable en «République fédérale d'Allemagne?»

7 Ces questions visent principalement à savoir si la directive 76/207 impose aux États membres de prévoir des conséquences juridiques ou des sanctions particulières en cas de discrimination dans l'accès à l'emploi (questions 1 à 5), et si les particuliers peuvent, le cas échéant, se prévaloir devant les juridictions nationales des dispositions de la directive, à défaut de sa transposition dans l'ordre juridique national, dans les délais prévus (question 6).

a) Sur la première question

8 Par sa première question, la juridiction nationale demande en substance si la directive 76/207 impose qu'une discrimination fondée sur le sexe lors de l'accès à l'emploi soit sanctionnée par l'obligation imposée à l'employeur, auteur de la discrimination, de conclure un contrat de travail avec le candidat discriminé.

9 Selon la juridiction nationale, il résulterait des considérants et du texte même de la directive que celle-ci impose l'adoption de dispositions légales assorties de sanctions effectives, or seule une réparation en nature, aboutissant à l'engagement des personnes ayant fait l'objet d'une discrimination, serait à son avis efficace.

10 Selon les demanderesses au principal, l'article 611 *bis*, paragraphe 2, du BGB aurait, en limitant le droit à indemnisation au seul préjudice de confiance, exclu les possibilités de réparation résultant du droit commun. La directive 76/207 obligerait les États membres à instituer des mesures appropriées en vue d'éviter des discriminations à l'avenir. Il faudrait donc au moins estimer que l'article 611 *bis*, paragraphe 2, ne doit pas être pris en compte. Ceci aurait pour conséquence d'obliger l'employeur à conclure un contrat de travail avec le candidat discriminé.

11 Le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, tout en étant conscient de la nécessité d'une transposition efficace de la directive, insiste sur le fait que chaque État membre disposerait en vertu de l'article 189, alinéa 3, du traité CEE d'une marge d'appréciation en ce qui concerne les conséquences juridiques qui doivent résulter d'une infraction au principe d'égalité de traitement. Ce gouvernement fait par ailleurs valoir que la possibilité serait offerte aux tribunaux allemands d'élaborer, à partir du droit privé national, et en se conformant au contenu de la directive, des solutions adéquates satisfaisant aussi bien au principe de l'égalité de traitement qu'aux intérêts de toutes les parties. Enfin, une conséquence juridique perceptible suffirait selon lui pour faire respecter le principe de l'égalité de traitement, et elle ne devrait être prévue que si le candidat discriminé était plus qualifié que d'autres pour exercer l'emploi en question, mais non si les candidats étaient de qualification égale.

12 Le gouvernement danois estime que la directive aurait délibérément laissé aux États membres le choix des sanctions, conformément à leur situation nationale et à leur système juridique. Il conviendrait que les États membres sanctionnent les infractions au principe de l'égalité de traitement de la même manière qu'ils sanctionnent des infractions analogues aux règles nationales dans des domaines apparentés non régis par le droit communautaire.

13 Le gouvernement du Royaume-Uni est également d'avis qu'il appartient aux États membres de choisir les mesures qu'ils considèrent comme étant de

nature à garantir que les obligations qui leur incombent en vertu de la directive soient remplies. La directive ne donnerait aucune indication sur les mesures que les États membres doivent prendre et les questions déférées à la Cour démontreraient par elles-mêmes et de manière évidente les difficultés rencontrées dans la détermination des mesures appropriées.

14 La Commission des Communautés européennes estime quant à elle que si la directive entend laisser aux États membres le choix et la détermination des sanctions, la transposition de celle-ci devrait néanmoins, quant à son résultat, être efficace. Le principe de la transposition efficace de la directive commanderait que les sanctions soient conçues de manière à constituer, pour le candidat discriminé une réparation appropriée, et pour l'employeur un moyen de pression à prendre au sérieux qui l'inciterait à respecter le principe de l'égalité de traitement. Une réglementation nationale donnant droit à la seule réparation du préjudice de confiance ne serait pas suffisante pour garantir le respect de ce principe.

15 Aux termes de l'article 189, alinéa 3, «la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens». S'il est vrai que cette disposition réserve aux États membres la liberté du choix des voies et moyens destinés à assurer la mise en œuvre de la directive, cette liberté laisse cependant entière l'obligation, pour chacun des États destinataires, de prendre, dans le cadre de son ordre juridique national, toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer le plein effet de la directive, conformément à l'objectif qu'elle poursuit.

16 Il convient donc d'examiner la directive 76/207 afin de déterminer si celle-ci impose aux États membres de prévoir des conséquences juridiques ou des sanctions déterminées en cas d'infraction au principe de l'égalité de traitement dans l'accès à l'emploi.

17 Cette directive a pour objet la mise en œuvre, dans les États membres, du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en assurant notamment, aux travailleurs de l'un et l'autre sexe, une égalité de chances effective dans l'accès à l'emploi. A cet effet, l'article 2 définit le principe de l'égalité de traitement et ses limites, alors que l'article 3, paragraphe 1, en précise la portée en ce qui concerne, précisément, l'accès à l'emploi. L'article 3, paragraphe 2 a), prévoit que les États membres prennent les mesures

nécessaires afin que soient supprimées les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement.

18 L'article 6 impose aux États membres l'obligation d'introduire dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par une discrimination «de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle». Il découle de cette disposition que les États membres sont tenus de prendre des mesures qui soient suffisamment efficaces pour atteindre l'objet de la directive et de faire en sorte que ces mesures puissent être effectivement invoquées devant les tribunaux nationaux par les personnes concernées. De telles mesures peuvent, par exemple, comprendre des dispositions exigeant de l'employeur d'engager le candidat discriminé ou assurant une indemnisation pécuniaire adéquate, renforcées, le cas échéant, par un système d'amendes. Il convient, cependant, de constater que la directive n'impose pas une sanction déterminée mais laisse aux États membres la liberté de choisir parmi les différentes solutions propres à réaliser son objectif.

19 Il y a lieu, en conséquence, de répondre à la première question, que la directive 76/207 n'impose pas qu'une discrimination fondée sur le sexe lors de l'accès à l'emploi doive être sanctionnée par l'obligation imposée à l'employeur, auteur de la discrimination, de conclure un contrat de travail avec le candidat discriminé.

b) Sur les questions n°s 2 à 4

20 Les questions 2 à 4 n'ayant été posées que pour le cas où l'employeur serait obligé d'engager le candidat discriminé, il n'y a plus lieu d'y répondre.

c) Sur les cinquième et sixième questions

21 Par sa cinquième question, la juridiction nationale demande en substance à la Cour s'il est possible d'inférer de la directive une autre sanction en cas de discrimination que le droit à la conclusion d'un contrat de travail. La sixième question vise à savoir si la directive, selon l'interprétation qu'il convient d'en

donner, peut être invoquée devant les juridictions nationales par les personnes lésées.

22 Il échet à cet égard d'observer qu'une égalité de chances effective ne peut être établie en dehors d'un système de sanctions approprié. Une telle conséquence résulte non seulement de la finalité même de la directive, mais plus particulièrement de son article 6 qui, en ouvrant un droit de recours juridictionnel aux candidats à un emploi ayant fait l'objet d'une discrimination, reconnaît en leur chef l'existence de droits pouvant être invoqués en justice.

23 Si une application complète de la directive n'impose pas, ainsi qu'il a été constaté dans la réponse à la première question, une forme déterminée de sanction en cas de violation de l'interdiction de discrimination, elle implique néanmoins que cette sanction soit de nature à assurer une protection juridictionnelle effective et efficace. Elle doit en outre avoir à l'égard de l'employeur un effet dissuasif réel. Il en résulte que lorsque l'État membre choisit de sanctionner la violation de l'interdiction de discrimination par l'octroi d'une indemnité, celle-ci doit être en tout cas adéquate au préjudice subi.

24 Il apparaît en conséquence qu'une législation nationale limitant les droits à réparation des personnes ayant fait l'objet d'une discrimination dans l'accès à l'emploi, à une indemnisation purement symbolique, comme par exemple le remboursement des frais occasionnés par leur candidature, ne serait pas conforme aux exigences d'une transposition efficace de la directive.

25 La nature des sanctions prévues en République fédérale d'Allemagne en cas de discrimination dans l'accès à l'emploi, et notamment la question de savoir si la règle de l'article 611 *bis*, paragraphe 2, du BGB exclut les possibilités d'indemnisation résultant du droit commun, a été longuement discutée devant la Cour. A cet égard, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a fait valoir au cours de la procédure orale que cet article n'exclurait pas nécessairement l'application du droit commun en matière d'indemnisation. Il appartient à la seule juridiction nationale de statuer sur ce point d'interprétation relatif à son droit national.

26 Il convient, toutefois, de préciser que l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci, ainsi que leur devoir en vertu de l'article 5 du traité de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation, s'imposent à toutes les autorités des États membres y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles. Il s'ensuit qu'en appliquant le droit national, et notamment les dispositions d'une loi nationale spécialement introduite en vue d'exécuter la directive 76/207, la juridiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par l'article 189, paragraphe 3.

27 En revanche, ainsi qu'il résulte des considérations ci-dessus, la directive ne comporte — en ce qui concerne les sanctions d'une éventuelle discrimination — aucune obligation inconditionnelle et suffisamment précise pouvant être invoquée, à défaut de mesures d'application prises dans les délais, par un particulier, en vue d'obtenir une réparation déterminée en vertu de la directive lorsqu'une telle conséquence n'est pas prévue ou permise par la législation nationale.

28 Il y a lieu, toutefois, de préciser à la juridiction nationale que si la directive 76/207 laisse aux États membres, pour sanctionner la violation de l'interdiction de discrimination, la liberté de choisir parmi les différentes solutions propres à réaliser son objet, elle implique toutefois que si un État membre choisit de sanctionner la violation de l'interdiction en question par l'octroi d'une indemnité, celle-ci doit en tout cas, pour assurer son efficacité et son effet dissuasif, être adéquate par rapport aux préjudices subis et doit donc aller au-delà d'une indemnisation purement symbolique comme, par exemple, le remboursement des seuls frais occasionnés par la candidature. Il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi prise pour l'application de la directive, dans toute la mesure où une marge d'appréciation lui est accordée par son droit national, une interprétation et une application conformes aux exigences du droit communautaire.

Sur les dépens

29 Les frais exposés par les gouvernements de la République fédérale d'Allemagne, du Danemark et du Royaume-Uni et par la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs,

LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par l'Arbeitsgericht de Hamm, par ordonnance du 6 décembre 1982, dit pour droit:

1) **La directive 76/207 n'impose pas qu'une discrimination fondée sur le sexe lors de l'accès à l'emploi doive être sanctionnée par l'obligation imposée à l'employeur, auteur de la discrimination, de conclure un contrat de travail avec le candidat discriminé.**

2) **La directive ne comporte, en ce qui concerne les sanctions d'une éventuelle discrimination, aucune obligation inconditionnelle et suffisamment précise pouvant être invoquée, à défaut de mesures d'application prises dans les délais, par un particulier, en vue d'obtenir une réparation déterminée en vertu de la directive lorsqu'une telle conséquence n'est pas prévue ou permise par la législation nationale.**

3) **Si la directive 76/207 laisse aux États membres, pour sanctionner la violation de l'interdiction de discrimination, la liberté de choisir parmi les différentes solutions propres à réaliser son objet, elle implique toutefois que si un État membre choisit de sanctionner la violation de l'interdiction en question par l'octroi d'une indemnité celle-ci doit en tout cas, pour assurer son efficacité et son effet dissuasif, être adéquate par rapport aux préjudices subis et doit, donc, aller au-delà d'une indemnisation purement symbolique comme, par exemple, le remboursement des seuls frais occasionnés par la candidature. Il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi prise pour**

l'application de la directive dans toute la mesure où une marge d'appréciation lui est accordée par son droit national, une interprétation et une application conformes aux exigences du droit communautaire.

	Mertens de Wilmars	Koopmans	Bahlmann
Galmot	Pescatore	Mackenzie Stuart	O'Keeffe
Bosco	Due	Everling	Kakouris

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 10 avril 1984.

Le greffier

P. Heim

Le président

J. Mertens de Wilmars

CONCLUSIONS DE Mme L'AVOCAT GÉNÉRAL SIMONE ROZÈS PRÉSENTÉES LE 31 JANVIER 1984

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

Les questions dont vous êtes saisis par les tribunaux du travail de Hamm (affaire 14/83) et de Hambourg (affaire 79/83) soulèvent le problème des conséquences juridiques que le droit national doit attacher à la violation du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, notamment lors de l'accès à l'emploi, tel que la directive du Conseil 76/207 du 9 février 1976 [1] l'a mis en œuvre. Les deux juridictions n'ayant aucun doute sur la réalité de la discrimination dont les requérantes ont été victimes en raison de leur sexe, les circonstances respectives des deux espèces peuvent être brièvement présentées:

— dans l'affaire 14/83, Sabine von Colson et Elisabeth Kamann étaient candidates à deux postes d'assistant social à pourvoir dans un établissement pénitentiaire de Rhénanie de Nord-Westphalie. Quoique classées en tête par le conseil des assistants sociaux, elles ont été rétrogradées par l'administration responsable qui leur a préféré finalement deux candidats de sexe masculin; selon le tribunal du travail de Hamm, l'attitude de l'administration compétente révélerait sans ambiguïté que les deux candidates ont été discriminées en raison de leur sexe;

1 — JO L 39 du 14. 2. 1976, p. 40.